

OPPLESNING AV POLITIFORKLARINGER

Begrensninger etter Den europeiske
menneskerettskonvensjon

Kandidatnr: 158662

Leveringsfrist: 2. juni 2009

Veileder: Nils Terje Dalseide

Til sammen 12 366 ord

Innholdsfortegnelse

<u>1. INNLEDNING</u>	<u>4</u>
1.1 PROBLEMSTILLING	4
1.2 OMFANG OG AVGRENSNINGER	4
<u>2. LEGISLATIVE HENSYN</u>	<u>5</u>
<u>3. HISTORIKK</u>	<u>6</u>
<u>4. EMK ART. 6</u>	<u>6</u>
4.1 PRESENTASJON AV BESTEMMELSEN	6
4.2 BEGREPET "WITNESS"	7
<u>5. NORGES FORPLIKTELSER ETTER EMK ART. 6</u>	<u>8</u>
5.1 UTGANGSPUNKT	8
5.2 MOTSTRID MELLOM NASJONALE RETTSREGLER OG EMK ART. 6	8
5.3 HØYESTERETTS TOLKNINGSPRINSIPPER	9
5.4 EMD'S TOLKNINGSPRINSIPPER	10
5.5 ER DE NORSKE TOLKNINGSPRINSIPPENE I SAMSVAR MED KONVENSJONSFORPLIKTELSENE?	11
<u>6. ADGANGEN TIL OPPLESNING NÅR VITNET IKKE ER TILSTEDE UNDER HOVEDFORHANDLINGEN</u>	<u>11</u>
6.1 HJEMMELEN FOR OPPLESNING	11
6.2 BEVISETS VEKT	12
6.2.1 UNTERPERTINGERSAKEN OG RT. 1990 s. 312	12
6.2.2 RT. 2001 s. 29 OG SENERE RETTSPRAKSIS	13
6.2.3 HVILKEN BEVISVEKT ER LAGT TIL GRUNN I EMD?	13
6.2.4 KONFLIKTEN I TEORIEN	14
6.2.5 HVILKEN LÆRE BØR LEGGES TIL GRUNN?	16
6.2.6 I HVILKEN GRAD OVERPRØVER EMD BEVISVEKTVURDERINGEN?	17
6.3 UNNTAK FRA HOVEDBEVISLÆREN	18

6.3.1 SIKTEDE ER SELV SKYLD I AT VITNET IKKE MØTER	18
6.3.2 VITNET ER DØD	19
6.4 TIDSPUNKTET FOR VURDERINGEN	20
<u>7. ADGANGEN TIL OPPLESNING NÅR VITNET ER TILSTEDE UNDER HOVEDFORHANDLINGEN</u>	<u>21</u>
7.1 HJEMMELEN FOR OPPLESNING	21
7.2 HVA INNEBÆRER RETTEN TIL KONTRADIKSJON?	22
7.3 INITIATIVET TIL KONTRADIKSJON	23
7.4 HAR DOMMEREN EN PLIKT TIL Å LEGGE PRESS PÅ VITNET FOR AT DET SKAL FORKLARE SEG?	23
<u>8. TILGRESENDE SPØRSMÅL</u>	<u>24</u>
8.1 AVHØR AV BARN	24
8.1.1 HJEMMELEN FOR OPPLESNING	24
8.1.2 BEGRENSENINGER ETTER EMK ART. 6	25
8.2 ANONYME VITNER	26
8.2.1 HJEMMELEN FOR OPPLESNING	26
8.2.2 BEGRENSENINGER ETTER EMK ART. 6	26
<u>9. KOMPARATIVT UTSYN – TYSK RETT</u>	<u>28</u>
9.1 UTGANGSPUNKT	28
9.2 HJEMMELEN FOR OPPLESNING	29
9.2.1 OVERSETTELSE	29
9.2.2 NÆRMERE OM FORSKJELLENE	31
9.3 FORSKJELLENES BETYDNING I PRAKSIS	32
<u>10 UTVIKLINGEN I HØYESTERETTS RETTSKILDEBRUK</u>	<u>32</u>
<u>11. AVSLUTNING</u>	<u>33</u>

1 Innledning

1.1 Problemstilling

Oppgavens tema er i hvilken grad vitners tidligere avgitte politiforklaringer kan tillates opplest under hovedforhandlingen i straffesaker. Dette er et spørsmål som dels er regulert av Lov om rettergangsmåten i straffesaker 22 mai. Nr. 25. 1981 (Straffeprosessloven, heretter forkortet strpl.) § 296 og § 297, dels av Den europeiske Menneskerettskonvensjon fra 1950 (heretter forkortet EMK) art. 6 (1) og art. 6 (3) d.

Begrensningene i opplesningsadgangen etter EMK er aktuelle ved at konvensjonen i sin helhet er inntatt i norsk lovgivning i Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett 21 mai. Nr. 30. 1999 (menneskerettsloven, heretter forkortet mnskr.). Konvensjonsforpliktelsenes innhold er i stadig utvikling gjennom praksis ved Den europeiske Menneskerettsdomstolen (heretter forkortet EMD), og formålet med oppgaven er å gjøre rede for hvilke forpliktelser EMK art. 6 i dag pålegger norske domstoler ved spørsmålet om opplesning. Problemstillingen er blitt spesielt relevant etter at Norge i Kaste og Mathisen (2006) ble felt i EMD, nettopp for krenkelse av disse forpliktelsene.¹

Det følger av EMK art. 6 (1):

"In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law".

Det følger videre av EMK art. 6 (3) d:

"Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

- *To examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him"*

1.2 Omfang og avgrensninger

Det er begrensningene i opplesningsadgangen etter art. 6 som er hovedproblemstillingen i oppgaven. *Vitnets* rettigheter setter også en rekke begrensninger på opplesningsadgangen, men berører ikke direkte art. 6 og vil derfor ikke behandles. Begrensningene etter SP art. 14 vil heller ikke behandles.

Selv om retten til å *føre* vitner er en del av retten til kontradiksjon etter art. 6 ("*to obtain the attendance*"), er det ikke rom for å gå nærmere inn på dette spørsmålet. Oppgavens fokus er først og fremst hvordan opplesningsadgangen begrenses av siktedes rett til

¹ Application no. 18885/04 og 21166/04

kryssseksaminering (*"examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him"*).

Det skilles mellom de tilfeller der vitnet ikke er tilstede (punkt 6), og der vitnet er tilstede (punkt 7). Videre gjennomgås de særlige spørsmål som oppstår i tilknytning til avhør av barn, samt i tilknytning til anonyme vitner (punkt 8). Det foretas et komparativt utsyn, der den norske rettstilstanden på området sammenlignes med den tyske (punkt 9). Jeg vil avslutningsvis (punkt 10) se nærmere på utviklingen i Høyesteretts bruk av rettskildefaktorer.

2 Legislative hensyn

Den norske straffeprosessen er i utgangspunktet en *anklageprosess*, ved at dommeren spiller en upartisk og dømmende rolle, og ikke tar aktiv del i striden mellom partene.² Partene har selv ansvaret for å legge frem de bevis de mener er til deres fordel.³

Det følger imidlertid av strpl. § 294:

"Retten skal på embets vegne våke over at saken blir fullstendig opplyst. I dette øyemed kan den beslutte å innhente nye bevis og utsette forhandlingen".

Etter ordlyden plikter retten å bidra til sakens opplysning ved å supplere og kontrollere bevisførselen.⁴ Ved at dommeren har et visst ansvar i bevisførselen, kjennetegnes den norske straffeprosessen som en *anklageprosess* med visse *inkvisitoriske* innslag.⁵ Dette må betraktes som et bakteppe ved spørsmålet om opplesning av politiforklaringer.

Det er lagt til grunn i praksis at partene som utgangspunkt kan legge frem bevisene de ønsker.⁶ Når det gjelder adgangen til å føre vitners tidligere avgitte forklaringer, følger imidlertid utgangspunktet av strpl. § 296 (1):

"Vitner som kan gi forklaring som kan antas å være av betydning for saken, bør avhøres muntlig under hovedforhandlingen såfremt ikke særegne forhold er til hinder for det".

Etter ordlyden skal bevis føres *muntlig* og *direkte* under hovedforhandlingen, hverken før eller etter. Bestemmelsen er et uttrykk for *bevisumiddelbarhetsprinsippet*,⁷ som ble innført med straffeprosessloven fra 1887. En umiddelbar bevisførsel der vitnet skulle forklare seg direkte for den dømmende rett, ble regnet for å være av en bedre kvalitet enn en middelbar bevisførsel. Dette gjelder fortsatt i dagens lov.⁸

Det oppstår imidlertid situasjoner der det ikke er mulig eller ønskelig å føre bevis muntlig og direkte for den dømmende rett. Situasjonen kan være at vitnet av ulike

² Myhrer (2008) s. 31

³ Hov (2007) s. 291

⁴ Myhrer (2008) s. 169

⁵ Myhrer (2008) s. 33

⁶ for eks. Rt. 2003 s. 549 og Rt. 2003 s. 1814

⁷ Myhrer (2008) s. 401

⁸ Matningsdal (2007) s. 37

grunner ikke er tilgjengelig, eller ikke ønsker å forklare seg. En annen situasjon kan være at siktede har truet vitnet til å ikke møte, eller at man ønsker å beskytte et barn mot den påkjenning det kan være å forklare seg i retten. Opplesning av tidligere avgitte forklaringer kan av hensyn til sakens opplysning synes hensiktsmessig, dersom alternativet er å ikke få en forklaring fra vitnet overhodet.

Samtidig tilsier retten til en rettferdig rettergang og til kontradiksjon i art. 6, at opplesning ikke bør skje uten at siktede gis anledning til å stille spørsmål til vitnet som har avgitt forklaringen. Hensynet til kontradiksjon er ikke direkte nedfelt i de norske bestemmelsene, men følger forutsetningsvis blant annet av strpl. § 305, og er blitt fremhevet i rettspraksis, også uavhengig av konvensjonsforpliktelsene.⁹

3 Historikk

På 1800 tallet var norsk straffeprosess helt og holdent skriftlig, dommeren var kun berettiget til å dømme på grunnlag av bevis som forelå skriftlig for ham.¹⁰ Straffeprosessloven fra 1887 innførte prinsippene om bevisumiddelbarhet og muntlighet som ligger til grunn for dagens prosess.¹¹ Den dømmende rett skulle i motsetning til tidligere, selv høre tiltalte, vitner og sakkyndige, og selv granske reelle bevismidler.

Da dagens straffeprosesslov ble vedtatt i 1981, ble det gitt adgang til å lese opp tidligere avgitte forklaringer fra vitner på nærmere bestemte vilkår. Selv om Norge ratifiserte EMK allerede i 1952, var imidlertid ikke *siktedes* rettigheter etter art. 6 et tema ved vedtakelsen av loven. Siktedes rett til kontradiksjon var lite fremtredende også i Høyesterettspraksis, spørsmålet om opplesning ble i lang tid kun vurdert i tilknytning til *vitnets* rettigheter.

Forpliktelsene etter art. 6 har med tiden medført at straffeprosesslovens bestemmelser om opplesning er blitt tolket innskrenkende av norske domstoler. I kjølvannet av Kaste og Mathisen mot Norge (2006), har det pågått en debatt om hva forpliktelsene etter art. 6 innebærer i forhold til opplesningsadgangen. Debatten behandles nærmere i 6.2.4.

4 EMK art. 6

4.1 Presentasjon av bestemmelsen

Etter ordlyden i art. 6 (1) stilles det et generelt krav til at rettergangen som en helhet skal være rettferdig, mens art. 6 (3) d gir siktede en spesifikk rett til å krysseksaminere vitner som føres mot han. Bestemmelsen er formet på en måte som både dekker de rettssystemer der partene har ansvaret for bevisførselen, og de rettssystemer der det er dommeren som har ansvaret for bevisførselen.¹²

⁹ Rt. 1988 s. 78

¹⁰ Hagerup (1904) s. 51

¹¹ Hagerup (1904) s. 80

¹² Høstmælingen (2003) s. 206

I tillegg til å uttrykke *kontradiksjonsprinsippet*, som innebærer at siktede må gis en rimelig mulighet til å imøtegå bevisene som føres mot han,¹³ uttrykker art. 6 (3) d *partslikhetsprinsippet*. Både påtalemyndigheten og siktede skal ha muligheten til å få kunnskap om, og til å kommentere motpartens bevis.¹⁴ Det kreves ikke at partene gis anledning til å krysseksaminere alle vitner,¹⁵ det avgjørende er om den ene parten er utsatt for reelle ulemper i forhold til motparten.¹⁶ Prinsippene er nært knyttet sammen ved at kontradiksjon i prosessen sikrer at begge parter får kunnskap om det materielle i saken, og gir partene like muligheter til å fremføre sine synspunkter.¹⁷

I vurderingen av om opplesningen av en forklaring er i strid med art. 6, tar EMD utgangspunkt i retten til krysseksaminering etter art. 6 (3) d, men det avgjørende er om rettergangen som helhet fremstår som *rettferdig* etter art. 6 (1).¹⁸

4.2 Begrepet "witness"

Et vilkår for at siktedes rettigheter etter art. 6 (3) d kommer til anvendelse, er at den som har avgitt vitneforklaringen regnes som "*witness*" i konvensjonens forstand. Ordlyden er vid, og sier i seg selv lite om hvem som omfattes av begrepet.

I Kaste og Mathisen mot Norge (2006) fant EMD at medsiktede måtte regnes som "*witness*", ettersom hans forklaring faktisk ble benyttet som bevis mot siktede. Norske domstolars tolkning av begrepet var ikke i samsvar med den selvstendige tolkningen av konvensjonen som var lagt til grunn i EMD's praksis.

I A.L. mot Finland (2009) måtte et barn regnes som "*witness*". Begrunnelsen var at videoavhøret av barnet ble benyttet som bevis mot siktede.¹⁹ I Taxquet mot Belgia (2009) ble også et anonymt vitne omfattet av begrepet "*witness*".²⁰ Sakkyndige regnes som "*witness*" i konvensjonens forstand,²¹ også der disse er nøytrale.²²

Det er på bakgrunn av dette ikke de enkelte landenes forståelse, men en *autonom fortolkning* av begrepet "*witness*" som må legges til grunn. I dansk teori har dette blitt formulert som at begrepet er et "*selvstændigt konventionsbegreb*".²³ Begrepet gis et vidt anvendelsesområde, og det avgjørende er om forklaringen faktisk benyttes som en vitneforklaring i den konkrete sak.

¹² Se f.eks Mirilashvili mot Russland (2008) Application no. 6293/04

¹⁴ V. mot Finland (2007)

¹⁵ Polyakov mot Russland (2009) Application no. 77018/01

¹⁶ Kjølbro (2007) s. 416

¹⁷ Danelius (2007) s. 218

¹⁸ Mirilashvili mot Russland (2008)

¹⁹ Application no. 23220/04

²⁰ Application no. 926/05

²¹ Bönisch mot Østerrike (1985) Application no. 8658/79

²² Mirilashvili mot Russland (2008)

²³ Kjølbro (2007) s. 469

5 Norges forpliktelser etter EMK art. 6

5.1 Utgangspunkt

I tillegg til at konvensjonen er inntatt i norsk lovgivning gjennom mnskr. § 2, heter det i strpl. § 4:

”Lovens regler gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat”.

Bestemmelsen slår uttrykkelig fast at domstolene ved anvendelsen av straffeprosesslovens bestemmelser om opplesning, er bundet av folkerettslige forpliktelser, herunder EMK art. 6.

5.2 Motstrid mellom nasjonale rettsregler og EMK art. 6

Spørsmålet er hvordan norske domstoler skal forholde seg til en eventuell motstrid mellom nasjonale rettsregler og art. 6.

I Rt. 1994 s. 610 oppstilte Høyesterett det som senere er blitt betegnet som ”klarhetsregelen”: For at en norsk regel skulle fravikes, måtte den avvike folkerettslige regelen *”fremtre som tilstrekkelig klar og entydig til at den bør tillegges en slik virkning”*. Det var dermed en viss terskel for å gi EMK forrang.

Da menneskerettsloven ble vedtatt i 1999, ble det imidlertid i § 3 uttrykkelig slått fast at:

”Bestemmelsene i konvensjoner og protokoller som er nevnt i § 2 skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning”.

Etter ordlyden vil en bestemmelse i EMK gå foran en nasjonal rettsregel, uavhengig av dens klarhet.

I Rt. 1999 s. 961 ble klarhetsregelen noe endret, og deretter forlatt i Rt. 2000 s. 996. Det ble i Rt. 2000 s. 996 lagt til grunn: *”Det følger av forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3 at dersom det tolkningsresultat som følger av EMK fremstår som rimelig klart, må norske domstoler legge konvensjonsbestemmelsen til grunn selv om dette skulle medføre at innarbeidet norsk lovgivning eller praksis blir tilsidesatt”.*

Høyesterett fulgte disse føringene i Rt. 2001 s. 1006 og Rt. 2002 s. 557. Førstvoterende i Rt. 2002 s. 557 understreket likevel at lagmannsretten hadde tatt feil da den brukte reservasjonen om at tolkningsresultatet måtte være rimelig klart for at det skulle tillegges vekt.

I Rt. 2003 s. 359 gjentok Høyesterett at klarhetskravet fra Rt. 1994 s. 610 var forlatt, og sa at norske domstoler måtte legge konvensjonsbestemmelsen til grunn *”dersom det tolkningsresultat som følger av EMK fremstår som rimelig klart”*.

Konklusjonen er at ved motstrid må norske domstoler legge konvensjonsbestemmelsen til grunn så lenge den er *rimelig klar*. Førstvoterendes synspunkt i Rt. 2002 s. 557 kan ikke legges til grunn.

I praksis skulle dette innebære at man ytterst sjelden lar en norsk rettsregel gå foran art. 6, og det ikke lenger er adgang til å operere med et så strengt klarhetskrav som i Rt. 1994 s. 610.

Ved at konvensjonen er gitt forrang, har Norge gått lenger enn andre nordiske land.²⁴ I Sverige og Danmark er konvensjonen inkorporert i loven, men ikke gitt forrang. Det har i teorien blitt argumentert for at Høyesterett har gått for langt, og at klarhetskravet fra Rt. 1994 s. 610 er en mer hensiktsmessig begrensning.²⁵ Synspunktet begrunnes med at "det reservasjonsløse knefallet" for EMK og EMD's praksis har ført til en degenerering av norsk straffeprosess, og at dette kan føre til en økt rettsusikkerhet.²⁶

Dersom man fortsatt skulle operere med klarhetskravet fra Rt. 1994 s. 610, ville man imidlertid hatt en lite effektiv gjennomføring av rettighetene etter EMK, noe som øker risikoen for at Norge på ny blir felt i EMD. Når konvensjonen først er ratifisert, synes det å være en god regel å gi den forrang slik at rettighetene faktisk gjennomføres på en tilfredstillende måte.

At forrangen er hensiktsmessig, ble senest påpekt av mindretallet i Rt. 2009 s. 760: Forrangen medfører at en eventuell motstrid vil kunne bli avdekket og avhjulpet i vårt eget rettssystem, slik at det ikke er nødvendig å bringe inn spørsmålet til EMD. Dette er både i klageren, statens og EMD's interesse.²⁷

5.3 Høyesteretts tolkningsprinsipper

Spørsmålet er hvilke tolkningsprinsipper Høyesterett har lagt til grunn ved tolkningen av art. 6.

I Rt. 2000 s. 996 la Høyesterett til grunn at norske domstoler må benytte de samme tolkningsprinsippene som EMD ved tolkningen av konvensjonen. Domstolene må forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger, og konvensjonsorganenes avgjørelser. De må imidlertid ikke være like dynamiske i sin tolkning av konvensjonen som EMD. Grunnen til dette er at man ikke ønsker å legge et unødvendig bånd på norsk lovgivningsmyndighet ved å bygge inn sikkerhetsmarginer mot konvensjonsbrudd. Innenfor denne metoden må det være rom for å bygge på tradisjonelle norske verdiprioriteringer.²⁸

I Rt. 2005 s. 833 sluttet Høyesterett seg til standpunktet i Rt. 2000 s. 996. Førstvoterende understreket at det i første rekke er EMD som skal utvikle konvensjonen, og at der det er tvil om forståelsen "*må norske domstoler ved*

²⁴ Danelius (2007) s. 34

²⁵ Hov (2004) s. 511

²⁶ I.c

²⁷ Rt. 2009 s. 760

²⁸ Rt. 2000 s. 996

avveiningen av ulike interesser eller verdier kunne trekke inn verdiprioriteringer som ligger til grunn for norsk lovgivning og rettsoppfatning.”

Praksis synes dermed å være at domstolene tolker konvensjonen med utgangspunkt i EMD's metode, men likevel med et visst rom til å legge vekt på nasjonale hensyn.

Å unngå en utvidende tolkning av konvensjonens bestemmelser er hensiktsmessig ved at man også unngår de konflikten som kan oppstå med andre konvensjonsrettigheter.²⁹ Et eksempel på at slike konflikter kan oppstå er at EMD i flere saker har ansett retten til privatliv å gjelde som en skranke for siktedes rettigheter etter art 6.³⁰ En utvidelse av siktedes rett til kontradiksjon kan dessuten tenkes å komme i konflikt med andre viktige verdier i den nasjonale lovgivningen, som prinsippet om fri bevisføring, og hensynet til sakens opplysning.

5.4 EMD's tolkingsprinsipper

Ettersom EMD's tolkning av art. 6 er utgangspunktet for norske domstolars tolkning, vil det gjøres rede for domstolens rettskildebud ved tolkningen av bestemmelsen. Det foreligger omfattende praksis omkring art. 6 i EMD: av 1545 saker ved EMD i 2008, gjaldt 949 saker brudd på EMK art. 6.³¹ Fremstillingen begrenser seg til hovedtrekkene i tolkningsprinsippene.

EMD tar i sin praksis utgangspunkt i ordlyden i art. 6 (3) d jfr. art. 6 (1), for deretter å gå inn på hvilke krav bestemmelsen stiller til bevisføringen. Ordlyden tillegges i seg selv liten vekt som rettskildefaktor. Henvisninger til konvensjonens forarbeider er sjeldne, noe som kan sees i sammenheng med at EMK skal tolkes dynamisk for å sørge for en effektiv gjennomføring av rettighetene, og at begrunnelsen for bestemmelsene ikke er så relevant.³²

Typisk for EMD's rettsanvendelse er at den er sterkt prejudikatsbundet, det skal tungtveiende grunner til for å fravike tidligere praksis. Til illustrasjon kan det vises til Gossa mot Polen (2007)³³ der EMD i sin rettsanvendelse viste til Unterpertingersaken (1986). Sakene om avhør av barn viser også at EMD tydelig anser seg bundet av hva som er lagt til grunn i tidligere praksis, særlig SN. mot Sverige (2002)³⁴. En prejudikatsbundet rettsanvendelse kan synes hensiktsmessig ved at det skaper forutsigbarhet for medlemslandene.

I teorien hevder Jo Hov på sin side at dette kan få uheldige konsekvenser ved at blikket hele tiden vendes bakover og at rettsanvendelsen blir konservativ.³⁵

I praksis ser man imidlertid at EMD fraviker tidligere standpunkter der dette er nødvendig etter en alminnelig samfunnsoppfatning og rettsutvikling. EMD synes derfor

²⁹ Backer (2005) s. 428

³⁰ WS. mot Polen (2007) Application no. 21508/02, og A.L. mot Finland (2009)

³¹ European Court of Human Rights (2009) s. 131

³² Jebens s. 52

³³ Application no. 47986/99

³⁴ Application no. 34209/96

³⁵ Hov (2007) s. 510

stadig å opprettholde en balansegang mellom forutsigbarhet og effektivitet, ved å følge tidligere praksis, men samtidig endre sin praksis i tråd med samfunnsutviklingen.

EMD understreket i Melich og Beck mot Tsjekkia (2008)³⁶ betydningen av hvordan publikum oppfatter rettergangen. (*"La Cour souligne enfin l'importance qu'il faut attribuer aux apparences ainsi qu'à la sensibilité accrue du public aux garanties d'une bonne justice."*) Reelle hensyn er dermed også en relevant rettskilde i EMDs praksis.

Sammenfatningsvis anser EMD seg sterkt bundet av tidligere avgjørelser, og det skal tungtveiende grunner til for å fravike det som tidligere er sagt. Samtidig forsøker domstolen å beholde en dynamisk tolkning for å sikre en effektivisering av rettighetene, og dens praksis utvikler seg med tiden.

5.5 Er de norske tolkningsprinsippene i samsvar med konvensjonsforpliktelsene?

Det er klart at ved å legge EMDs tolkningsprinsipper til grunn, har norske domstoler dannet et godt utgangspunkt for oppfyllelse av konvensjonsforpliktelsene. Så lenge det tas hensyn til EMD's praksis i tolkningen, synes de tolkningsprinsippene som er lagt til grunn å være langt på vei sammenfallende med konvensjonsforpliktelsene.

EMD har dessuten understreket at domstolen ikke er ment å være en fjerdeinstans i sin overprøving. I Lucà mot Italia (2001)³⁷ sa EMD: *"The Court reiterates that the admissibility of evidence is primarily a matter for regulation by national law and as a general rule it is for the national courts to assess the evidence before them. The Court's task under the Convention is not to give a ruling as to whether the statements of witnesses were properly admitted as evidence, but rather to ascertain whether the proceedings as a whole, including the way in which evidence was taken, were fair"*.

Spørsmålet om hvilke bevis som skal tillates ført, er med andre ord først og fremst overlatt til statenes egen regulering. EMD's prøving begrenser seg til en helhetsvurdering av rettergangen fremfor en detaljstyring av bevisføringen. I norsk praksis benyttes føringene etter EMD til løsningen av de prinsipielle spørsmålene, mens detaljene i bevisføringen vurderes selvstendig, hvilket synes å være i samsvar med konvensjonsforpliktelsene.

6 Adgangen til opplesning når vitnet ikke er tilstede under hovedforhandlingen

6.1 Hjemmelen for opplesning

Det følger av strpl. § 297:

³⁶ Application no. 35450/04

³⁷ Application no. 33354/96

”Når et vitne ikke er til stede under hovedforhandlingen, kan gjengivelse i rettsbok eller politirapport av forklaring som vitnet tidligere har gitt i saken, bare leses opp såfremt muntlig avhør ikke er mulig eller ville medføre uforholdsmessig ulempe eller utgift”.

Etter ordlyden er adgangen til opplesning et unntak fra hovedregelen om bevisumiddelbarhet og muntlighet jfr. ”bare”. Det må foretas en forholdsmessighetsvurdering mellom behovet for opplesning, og kostnadene og tiden opplesning vil ta. Isolert sett gir ordlyden en relativt vid adgang til opplesning når vitnet ikke er tilstede under hovedforhandlingen.

Når vitnet ikke er tilstede, og en forklaring leses opp, har ikke siktede adgang til å krysseksaminere vitnet slik art. 6 gir rett til. Dette tilsier at opplesning etter vilkårene i strpl. § 297 er i strid med konvensjonskravene.

I *Unterpertinger mot Østerrike* (1986)³⁸ ble det imidlertid lagt til grunn at opplesning i seg selv ikke er i strid med art 6. Krysseksaminering er ikke nødvendigvis en forutsetning for at rettergangen skal regnes som rettferdig etter art.6 (1) jfr. art. 6 (3) d. Retten til krysseksaminering varierer etter hvor sentralt det aktuelle beviset er i saken, og enkelte forklaringer kan tillates opplest selv om vitnet ikke er tilstede.

6.2 Bevisets vekt

Problemstillingen er hvor sentralt beviset må være for at siktede har rett til krysseksaminering.

6.2.1 Unterpertingersaken (1986) og Rt. 1990 s. 312

I *Unterpertingersaken* (1986) benyttet de to fornærmede seg av sin rett til å nekte å forklare seg. At de tidligere avgitte forklaringene deres ble tillatt opplest under hovedforhandlingen, utgjorde i følge EMD en krenkelse av art. 6 (3) d jfr. art 6 (1). Når dommen var basert ”*mainly*”, altså ”*hovedsakelig*”³⁹ på disse bevisene, skulle siktede ha fått anledning til å krysseksaminere vitnene. Det ble lagt til grunn at dersom en vitneforklaring utgjør et hovedbevis, er det en presumsjon for at siktede har rett til krysseksaminering.

Unterpertingersaken gjaldt et tilfelle der vitnene faktisk *møtte* under hovedforhandlingen, og det kan derfor spørres om den er relevant i spørsmålet om opplesning av forklaringer der vitnet *ikke møter*. Det er klart at både i de tilfeller der vitnet møter og der det ikke møter, vil hovedbevislæren være utgangspunktet for siktetes rett til krysseksaminering. Dommen gjelder generelt for siktetes krav på kontradiksjon etter art. 6, og er derfor også anvendelig der siktede ikke er tilstede i under hovedforhandlingen.

I Rt. 1990 s. 312 var spørsmålet om politiforklaringen til et ikke-møtende vitne kunne leses opp, og Høyesterett viste til art. 6 og *Unterpertingersaken*. Det ble oppstilt som et

³⁸ Application no. 9120/80

³⁹ Oversettelse fra Rt. 1999 s. 757

vilkår for opplesning at der det var snakk om *"helt sentrale vitner"*, måtte siktede få en anledning til krysseksaminering. Vitneforklaringen i den aktuelle saken kunne ikke regnes som et slikt bevis, og opplesning ble derfor tillatt.

Når Høyesterett i Rt. 1990 s. 312 vurderte spørsmålet om opplesning i lys av art. 6 under henvisning til Unterpertingersaken og hovedbevislæren, var dette i tråd med forpliktelsene etter EMK.

6.2.2 Rt. 2001 s. 29 og senere rettspraksis

Etter Rt. 1990 s. 312, syntes det å være klart at Høyesterett i vurderingen av om en opplesning oppfylte kravene etter art. 6, tok utgangspunkt i hovedbevislæren.⁴⁰

Da spørsmålet om opplesning var aktuelt i Rt. 2001 s. 29, benyttet imidlertid Høyesterett en annen bevisvektnorm: *"På denne bakgrunn er det en reell mulighet for at opplesningen av Ds politiforklaring har hatt en utslagsgivende betydning i den samlede bevisbedømmelse, og at den således fremstilte seg som et viktig og kanskje nødvendig bevis"*.

Ved å stille et krav om kontradiksjon der beviset kan ha hatt *"utslagsgivende betydning"*, ble opplesningsadgangen begrenset i forhold til i Rt. 1990 s. 312.

I Rt. 2003 s. 1808 benyttet derimot Høyesterett igjen hovedbevislæren: *"(...)det eneste eller avgjørende bevis"*.

I Rt. 2004 s. 897 ble det vist til Rt. 2001 s. 29. I spørsmålet om en forklaring skulle tillates opplest, sa førstvoterende: *"Ved bedømmelsen av om det var riktig å tillate opplesning, er det avgjørende kriterium om det er en reell mulighet for at opplesningen kan ha hatt en utslagsgivende betydning i den samlede bevisbedømmelse, og at den således fremstilte seg som et viktig og kanskje nødvendig bevis"*. Også i Rt. 2004 s. 943 benyttet Høyesterett denne bevisvektnormen. I Rt. 2004 s. 1425 benyttet imidlertid Høyesterett igjen hovedbevislæren.

I Rt. 2004 s. 1789 tok Høyesterett et oppgjør med kursendringen fra Rt. 2001 s. 29. Vurderingstemaet var om en fellende dom *"bare eller i avgjørende grad"* var basert på vitneforklaringene. Førstvoterende viste til formuleringene i Rt. 2001 s. 29 og i Rt. 2004 s. 97, og pekte på at det ikke var rettskildemessig grunnlag for å tolke inn strengere begrensninger enn de som følger av EMK. At det var hovedbevislæren som måtte brukes, ble senere fulgt opp av Høyesterett i Rt. 2004 s. 1974: *"utelukkende eller i avgjørende grad"* og i Rt. 2006 s. 120: *"berre eller i avgjørende grad"*.

Ut i fra de nevnte dommer, ble kursendringen i Rt. 2001 s. 29 fulgt til en viss grad i praksis. Etter oppgjøret i Rt. 2004 s. 1789, og dommene som fulgte, ble imidlertid hovedbevislæren lagt til grunn som gjeldende rett.

⁴⁰ Matningsdal (2007) s. 55

6.2.3 Hvilken bevisvekt er lagt til grunn i EMD?

Siden Unterpertingersaken har spørsmålet om opplesning av politiforklaringer blitt forelagt EMD en rekke ganger.

Hovedbevislæren ble brukt i Saidi mot Frankrike (1993)⁴¹: ”*the sole contribution*”, i Van Mechelen mot Nederland (1997): “*solely or to a decisive extent*”, og Kollcaku mot Italia (2007)⁴² ”*uniquement ou dans une mesure déterminante*”. (Min oversettelse: bare eller i avgjørende grad).

I Balsyte-Lideikiene mot Litauen (2008)⁴³ viste EMD til Unterpertingersaken og benyttet formuleringen ”*solely or to a decisive degree*”. I Nehyet Günay mot Tyrkia (2008)⁴⁴, Tarau mot Romania (2009) og Taxquet mot Belgia (2009) benyttet EMD formuleringen ”*uniquement ou dans une mesure déterminante*”. (Min oversettelse: bare eller i avgjørende grad). I A.L. mot Finland (2009) benyttet EMD formuleringen ”*solely or to a decisive extent*”.

Både eldre og nyere praksis ved EMD viser at hovedbevislæren er gjeldende rett. At EMD ikke anser rettstilstanden for endret på dette punktet, kommer til uttrykk ved at det stadig vises til Unterpertingersaken.

I svensk teori er EMD's praksis forstått slik at dersom siktede ikke har hatt anledning til å krysseksaminere vitner, ”*har utsagorna mindre bevisvärde och de bör inte kunne leda til fällande dom annat än tillsammans med annan betydelsefull bevisning*”.⁴⁵ Også etter svensk rett er EMD's praksis forstått slik at det er hovedbevislæren som gjelder.

Dansk teori synes også å forstå EMD's praksis på samme måte: ”*Det vil således udgøre en begrænsning af forsvarrets rettigheder i strid med art 6, stk 3, litra d, hvis en domfældelse alene eller i det væsentlige er baseret på forklaringer afgivet af vidner, som den tiltalte ikke har haft mulighed for at afhøre eller lade afhøre, hverken da forklaringen blev afgivet eller under domsforhandlingen.*”⁴⁶

Dette innebærer at dersom siktede er avskåret fra krysseksaminering der vitneforklaringen utgjør et hovedbevis, er det en klar presumsjon for at rettergangen ikke er rettfærdig etter art. 6. Det må imidlertid understrekes at hovedbevislæren kun gjelder som et utgangspunkt, og at det avgjørende er om siktede samlet sett har fått en rettfærdig rettergang.

6.2.4 Konflikten i teorien

Selv om det i dag er klart at det er hovedbevislæren som er utgangspunktet både i EMD praksis og i norsk praksis, har det siden den kursendring Høyesterett foretok i Rt. 2001

⁴¹ Application no. 14647/89

⁴² Application no. 25701/03

⁴³ Application no. 92596/91

⁴⁴ Application no. 51210/99

⁴⁵ Danelius (2007) s. 235

⁴⁶ Kjølbro (2007) side 467

s. 29, og oppgjøret i Rt. 2004 s. 1789, pågått en diskusjon blant teoretikere om hvilken lære som bør legges til grunn av norske domstoler.

Jørgen Aall mener at praksis ved EMD, blant annet Kaste og Mathisen (2006), indikerer at det er en strengere lære enn hovedbevislæren som bør legges til grunn: *"Også forklaringer som er noe mindre sentrale, men dog nødvendige for å oppnå domfellelse, aktiverer antakelig eksaminasjonsretten"*.⁴⁷

Aall mener at det i EMD's begrunnelse i Kaste og Mathisen vises til Høyesteretts vurdering av bevisene i saken, der Høyesterett legger til grunn vurderingstemaet fra Rt. 2001 s. 29, og at det derfor er en slik norm som må legges til grunn.⁴⁸ Han mener også at hensynet til en rettferdig rettergang taler for en strengere adgang til opplesning enn hovedbevislæren.⁴⁹

John Christian Elden forstår Kaste og Mathisen slik at vurderingstemaet i Rt. 2001 s. 29 var et korrekt utgangspunkt.⁵⁰ Han konkluderer med å si: *"En politiforklaring kan ikke leses opp uten kontradiksjon dersom det er en reell mulighet for at opplesningen har hatt utslagsgivende betydning i den samlede bevisbedømmelse."*⁵¹

Magnus Matningsdal er uenig med Aall og Elden, og hevder på sin side at avgjørelsen ikke kan begrunne et slikt synspunkt, ettersom temaet i saken primært var forsvarerens manglende adgang til krysseksaminering, og ikke bevisvekten.⁵²

Gert Johan Kjelby er også uenig med Aall, og hevder bevisvektsspørsmålet ikke ble prosedert i Kaste og Mathisen overhodet, men at EMD her snarere viste tilbakeholdenhet med å overprøve nasjonale domstolars bevisvurderinger.⁵³ Han hevder videre at reelle hensyn heller ikke taler i retning av en så streng tolkning av konvensjonen. Dersom man skulle anvende Aalls bevisvektnorm, er eksaminasjonsadgangen nesten en absolutt rettighet, og dette ville innebære en mer utstrakt avskjæring av vitneforklaringer enn det som er hensiktsmessig.

I likhet med Matningsdal og Kjelby, anser Myhrer avgjørelsen i Rt. 2001 s. 29 som en mulig avsporing, der Høyesterett synes å skjerpe vilkårene for å lese opp forklaringer, uten å vise til noen EMD avgjørelse som begrunnelse.⁵⁴

Han sier videre: *"Vurderer man avgjørelsen i sin helhet etterlater den imidlertid et inntrykk av at det sentrale for Høyesterett ikke først og fremst har vært hvor sentralt vitnet måtte være før det sperret for opplesning, men at arten, omfanget og utviklingen i bevistilbudet var slik at tiltalte ikke ville få en rettferdig rettergang om opplesning ble tillatt."*⁵⁵

⁴⁷ Aall (2007)a s. 397

⁴⁸ Aall (2007)a s. 398

⁴⁹ Aall (2007)b s. 57

⁵⁰ Elden (2006) s. 40-41

⁵¹ L.c

⁵² Matningsdal (2007) s. 116

⁵³ Kjelby (2007) s. 190

⁵⁴ Myhrer (2008) s. 404

⁵⁵ Myhrer (2008) s. 404

I følge Myhrer mente dermed ikke Høyesterett i Rt. 2001 s. 29 nødvendigvis å endre bevisvekten, men foretok en helhetsvurdering av kravet til rettferdig rettergang etter art. 6 (1). Han beskriver dommen som et eksempel på at det kan gjøres unntak fra hovedbevislæren innenfor rammene av art. 6.⁵⁶ Selv om han ikke tillegger samme betydning til Høyesteretts uttalelser om bevisvekt i Rt. 2001 s. 29, fremgår det klart at han mener hovedbevislæren er gjeldende rett.

6.2.5 Hvilken lære bør legges til grunn?

Spørsmålet er om det er læren i Rt. 2001 s. 29, eller hovedbevislæren som bør legges til grunn.

Det er klart at siktedes rett til krysseksaminering utvides dersom man legger til grunn læren fra Rt. 2001 s. 29. I følge langvarig EMD praksis vil imidlertid en bevisføring etter hovedbevislæren som utgangspunkt oppfylle kravene til rettferdig rettergang etter EMK art. 6 (1).⁵⁷ Det synes dermed unødvendig å operere med en strengere adgang til opplesning.

Å legge en strengere lære til grunn synes videre lite sammenfallende med de tolkningsprinsipper som er lagt til grunn i Høyesterettspraksis. Det er først og fremst EMD som skal tolke konvensjonen, og norske domstoler har selv fremhevet at det ikke er ønskelig med en utvidende tolkning av konvensjonsbestemmelsene.

Både Aall og Elden har anført at EMD's henvisning til Rt. 2001 s. 29 i Kaste og Mathisen mot Norge taler for å benytte denne læren. I senere praksis har imidlertid EMD konsekvent benyttet hovedbevislæren. Uansett hva EMD mente med henvisningen til Rt. 2001 s. 29, er det i dag ikke tvil om at det er hovedbevislæren som benyttes av EMD i dag.

På bakgrunn av dette bør man ikke operere med læren fra Rt. 2001 s. 29, men la hovedbevislæren forbli gjeldende rett.

Det kan spørres man overhodet bør operere med en bevisvektnorm i spørsmålet om opplesning. Selv om EMD stadig gjentar hovedbevislæren, er overprøvingen først og fremst en vurdering av om det i en konkret sak er rettferdig for siktede at en forklaring mot ham leses opp. Det kan synes noe kunstig å operere med en fast bevisvektnorm, fremfor en generell vurdering av siktedes adgang til kontradiksjon i den enkelte sak.

Uansett hvilken lære man måtte bygge på, ligger det i sakens natur at det er vanskelig å vurdere objektivt og presist hvilken vekt et bevis bør tillegges. I sin frie bevisvurdering står retten overfor svært skjønnsmessige vurderinger, og det er i det praktiske liv ikke enkelt å vurdere om et bevis er et hovedbevis i en konkret sak. Praktiske hensyn kan derfor tale imot at man opererer med en bevisvektnorm.

På en annen side viser praksis at den bevisvektnormen som benyttes kan få stor betydning for utfallet i saken. Dersom man hadde benyttet hovedbevislæren i Rt. 2004

⁵⁶ I.c

⁵⁷ Blant annet *Unterpertinger mot Østerrike* (1986) og *Kaste og Mathisen mot Norge* (2006)

s. 897, ville utfallet sannsynligvis blitt det motsatte. Når Høyesterett har benyttet disse lærene om hverandre, og disse gir så forskjellig resultat, synes det likevel å være hensiktsmessig å bevare en bevisvekt som utgangspunkt for vurderingen.

Bruken av en bevisvektnorm behøver dessuten ikke nødvendigvis være en detaljert vurdering av bevisene, men bør heller benyttes som en generell ramme for bevisføringen. I vurderingen av om rettergangen er rettferdig, vil en bevisvektnorm i tråd med EMD's praksis kunne være en god rettesnor.

Selv om det kan være noe vanskelig å klarlegge hva som i en konkret sak er et hovedbevis, synes det på bakgrunn av dette likevel hensiktsmessig å operere med en bevisvektnorm.

6.2.6 I hvilken grad overprøver EMD bevisvektvurderingen?

I Unterpertingersaken gikk ikke EMD konkret inn og vurderte om den aktuelle forklaringen måtte regnes som et hovedbevis. Tilsvarende var tilfellet i Lucà mot Italia (2001), der EMD tok utgangspunkt i hovedbevislæren, og sa: *"In the instant case, the Court notes that the domestic courts convicted the applicant solely on the basis of statements made by N(...)"*. EMD la dermed til grunn den bevisvurderingen som var foretatt i den nasjonale domstolen, og foretok deretter vurderingen etter art. 6.

Denne tilbaketrukne holdningen til selve avveiningen fortsatte i Craxi mot Italia (2003): *"(...)les juridictions nationales ont condamné le requérant en se fondant exclusivement sur les déclarations(...)"*. (Min oversettelse : domstolene har dømt klageren ved å kun basere seg på uttalelsene.)

Tilsvarende i Kaste og Mathisen mot Norge (2006): *"Having regard to the findings made by the Supreme Court, it must be presumed that D's depositions had a decisive influence on the outcome of the case"*.

I Balsyte-Lideikiene mot Litauen (2008) gikk imidlertid EMD nærmere inn i bevisvurderingen enn tidligere, og konkluderte med at beviset hadde en *"key place"*.

I Tarau mot Romania (2009) gikk EMD mer konkret inn i den nasjonale domstolens bevisvurdering: *"Cela étant, les déclarations en question ne constituaient pas le seul élément de preuve sur lequel les juges ont fondé la condamnation de la requérante (...). Il apparaît donc que les juridictions internes n'ont pas fondé leur constat de culpabilité uniquement sur les déclarations (...)"* (Min oversettelse: De aktuelle forklaringene utgjorde ikke det eneste beviset retten baserte domfellelsen på, forklaringene synes ikke å ha vært de eneste de nasjonale domstolene bygde på i skyldspørsmålet).

En utvikling synes på bakgrunn av dette å være at EMD i større grad innlater seg på statenes vurdering av bevisvekten i sakene. På samme måte som det er en selvstendig tolkning av begrepet *"witness"* som må legges til grunn, kan det synes som det går i retning av en selvstendig bevisvektvurdering.

EMD's overprøving kan synes lite sammenfallende med den fjerdeinstansdoktrinen som er lagt til grunn i praksis. Samtidig er en overprøving av bevisvektvurderingen i tråd med EMDs dynamiske praksis, der det er lagt vekt på en effektivisering av rettighetene.

6.3 Unntak fra hovedbevislæren

Når det overordnede spørsmålet etter art. 6 er om rettergangen som en helhet har vært rettferdig, er det klart at hovedbevislæren ikke kan gjelde uten unntak. Et eksempel er Tarau mot Romania (2009), der vitneforklaringen ikke utgjorde et hovedbevis, men der den manglende adgangen til å stille spørsmål etter en helhetsvurdering likevel utgjorde en krenkelse av art. 6.

I denne delen av oppgaven vil to eksempler på unntak fra hovedbevislæren behandles: der siktede selv er skyld i at vitnet ikke møter, og der vitnet er død.

6.3.1 Siktede er selv skyld i at vitnet ikke møter

Spørsmålet er i hvilke tilfeller det kan gjøres unntak fra hovedbevislæren når siktede selv er skyld i at vitnet ikke møter.

Å gjøre unntak fra hovedbevislæren i slike tilfeller, utvider opplesningsadgangen til ulempe for siktede ved at han mister sin adgang til å krysseksaminere vitner. Reelle hensyn tilsier derfor at terskelen for å gjøre unntak bør være høy. På en annen side kan det virke støtende dersom siktede skal kunne true et vitne til å ikke møte til hovedforhandling, og på denne måten unngå at et avgjørende bevis mot ham føres.

I Rt. 1994 s. 469 var det spørsmål om å tillate opplest forklaringen til fornærmede som nektet å forklare seg i retten, og det ble lagt til grunn at nektelsen skyldtes press fra domfelte. Med utgangspunkt i retten til rettferdig rettergang etter art. 6 (1) måtte forklaringene tillates opplest. Begrunnelsen var at det var *"sterkt overveiende sannsynlig"* at vitnene hadde blitt presset til å avstå fra å gi forklaring. Høyesterett vurderte ikke dette direkte som et unntak fra hovedbevislæren, men foretok en helhetsvurdering etter art. 6 (1).

I Rt. 2004 s. 1425 var det igjen spørsmål om frykten for represalier kunne frata siktede retten til kontradiksjon. I motsetning til i Rt. 1994 s. 469 tok Høyesterett utgangspunkt i art. 6 (3) d jfr. art. 6 (1) og hovedbevislæren, og henviste til Lucà (2001): *"I utgangspunktet må man da, når de tiltalte som her ikke på noe tidspunkt har hatt anledning til å imøtegå og stille spørsmål ved forklaringene, legge til grunn at opplesning må nektes. Forbudet mot opplesning i slike tilfeller er imidlertid ikke uten unntak."*

Når det gjaldt adgangen til å gjøre unntak, viste han til Rt. 1994 s. 469, men stilte et enda strengere krav om at tiltalte måtte *"direkte kunne bebreides"* for å ha skapt den situasjon at vitnet uteblir eller nekter å forklare seg. Det var ikke rom for å gjøre et slikt unntak. Det ble lagt til grunn en høy terskel for å gjøre unntak fra hovedbevislæren der vitnet er truet til å ikke møte.

Bruken av art. 6 var forskjellig i de to dommene, ved at det kun var i den siste at utgangspunktet var art. 6 (3) d og hovedbevislæren. Det er imidlertid ikke grunnlag for å si at dette hadde noen betydning for utfallet i saken.

Det kan spørres om adgangen til å gjøre unntak der siktede er skyld i at vitnet ikke møter, gjelder tilsvarende der siktede er skyld i vitnets død.

Spørsmålet er ikke blitt behandlet av Høyesterett. I Rt. 2006 s. 120 sa imidlertid førstvoterende i et Obiter Dictum at det kan gjøres reservasjoner fra hovedbevislæren der siktede kan klandres for at et vitne ikke har møtt eller er død. Dette taler for at adgangen til å gjøre unntak gjelder tilsvarende der siktedes opptreden har ført til vitnets død.

De samme hensynene vil gjøre seg gjeldende der siktede er skyld i vitnets død, det virker støtende om siktede ved å begå et drap unngår at et avgjørende bevis mot ham føres. Det synes dermed naturlig å legge til grunn en tilsvarende adgang til å gjøre unntak.

6.3.2 Vitnet er død

Spørsmålet er i hvilke tilfeller det kan gjøres unntak fra hovedbevislæren dersom vitnet er død. Spørsmålet gjelder utenom de tilfeller der siktede selv er skyld i dødsfallet, som er behandlet ovenfor i 6.3.1.

I Rt. 1992 s. 792 aksepterte Høyesterett at et hovedbevis ble lest opp, selv om vitnet, som i dette tilfellet var fornærmede i saken, var død. Strpl. § 297 ble tolket i lys av konvensjonsforpliktelsene. Utgangspunktet etter EMD praksis var at siktede skulle ha adgang til selv, eller ved sin forsvarer, å stille spørsmål til vitnet. Uten å ta utgangspunkt i hovedbevislæren, men ut i fra en helhetsvurdering etter art. 6 (1) kunne likevel beviset føres.

I Rt. 1995 s. 1295 kom Høyesterett til motsatt resultat, særegne omstendigheter gjorde det riktig å avskjære opplesning der vitnet hadde tatt sitt eget liv. Vurderingen ble også her foretatt etter retten til en rettfærdig rettergang i art. 6 (1). Når det gjaldt bevisets vekt, begrenset førstvoterende seg til å si at forklaringen *”var bevis av betydning, men det forelå også andre bevis av vekt”*. I likhet med Rt. 1992 s. 792 var en helhetsvurdering etter art. 6 (1) avgjørende, det ble ikke tatt utgangspunkt i hovedbevislæren.

I Craxi mot Italia (2002)⁵⁸ var det spørsmål om opplesning der vitnet hadde tatt sitt eget liv. I følge EMD kunne det være adgang til å lese opp forklaringer til avdøde vitner, men hovedbevislæren måtte gjelde som en generell begrensning. Når siktede ikke hadde fått anledning til å stille spørsmål, måtte beviset avskjæres.

Mens Høyesterett i Rt. 1992 s. 792 foretok en helhetsvurdering etter art. 6 (1), tok EMD i Craxisaken utgangspunkt i art. 6 (1) jfr. 6 (3) d og hovedbevislæren. At Høyesterett

⁵⁸ Application no. 34896/97

ikke benyttet hovedbevislæren på dette tidspunktet kan ha en sammenheng med at læren ikke hadde fått fotfeste i norsk praksis på dette tidspunktet.

Spørsmålet er om rettsanvendelsen i Rt. 1992 side 792 fikk betydning for adgangen til å tillate beviset ført, slik at resultatet måtte blitt et annet i dag.

Matningsdal hevder EMD *generelt* ikke aksepterer opplesning av hovedbevis der vitnet er død, og at resultatet i Rt. 1992 s. 792 ville blitt et annet dag. Begrunnelsen synes å være at EMD i Craxisaken benyttet seg av det alminnelige utgangspunktet om avskjæring av hovedbevis der siktede ikke har fått anledning til krysseksaminering.⁵⁹ Skoghøy og Vang hevder også at synet i Rt. 1992 s. 792 ikke kan opprettholdes på grunn av EMD's standpunkt i Craxisaken.⁶⁰

Dersom Høyesterett hadde benyttet hovedbevislæren, ville det vært en klar presumsjon for å nekte opplesning i Rt. 1992 s. 792. Det må imidlertid også her være adgang til å gjøre *unntak* fra hovedbevislæren, slik det kan ellers, under henvisning til det overordnede kravet om at rettergangen skal være rettferdig.

At EMD *generelt* ikke skulle akseptere en form for bevis opplest ut i fra sin art, synes lite sammenfallende med tidligere praksis, der EMD har vist seg fleksibel, og latt det avgjørende være om rettergangen i sin helhet er rettferdig. Craxisaken kan etter min mening derfor ikke forstås som at det *generelt* ikke kan aksepteres å føre hovedbevis der vitnet er død. Når det gjelder Rt. 1992 s. 792, mener jeg likevel at den manglende bruken av hovedbevislæren førte til at forklaringen ble tillatt opplest. Resultatet i Rt. 1992 s. 792 ville dermed sannsynligvis blitt et annet i dag.

Høyesterett behandlet spørsmålet om opplesning av forklaringen til en avdød medsiktet senest i Rt. 2006 s. 120. Opplesningen var ikke i strid med EMK art. 6 (3) d, ettersom forklaringen ikke var et *avgjørende* bevis. Høyesterett vurderte spørsmålet både spesielt etter art. 6 (3) d og generelt etter art. 6 (1).

I Høyesterett er det lagt til grunn en høy terskel for at en opplesning skal være i samsvar med kravet til at rettergangen skal være rettferdig etter art. 6.

6.4 Tidspunktet for vurderingen

Spørsmålet er om retten skal avskjære en forklaring som sådan før den er blitt opplest, eller om det er tilstrekkelig å avskjære den som bevis i etterkant av opplesningen.

EMD synes ikke de siste årene å ha hatt noen fast praksis for om det er opplesningen av beviset eller den senere vektleggingen av det som er avgjørende.

I Unterpertingersaken sa EMD at opplesning i seg selv ikke er i strid med konvensjonen, men: *"the use of them as evidence must nevertheless comply with the rights of the defence, which is the object of article 6 to protect"*.

⁵⁹ Matningsdal (2007) s. 78

⁶⁰ Skoghøy og Vang (2005) s. 302

Dette tilsier at det er selve *bruken* av beviset som er avgjørende for krenkelse, og at opplesning i seg selv ikke er tilstrekkelig.

I Rt. 1995 s. 1956 sa Høyesterett at en beslutning om opplesning ikke burde vært truffet innledningsvis, men først etter at retten hadde hørt den øvrige bevisførsel. Dette kan videre tale i retning av at det er selve *bruken* av beviset, etter opplesning, som kan føre til krenkelse.

Skoghøy og Vang hevder at ”uansett hvor viktig en opplest forklaring viser seg å være, kan imidlertid EMDs praksis etter vårt syn ikke forstås slik at EMK er brutt allerede ved opplesning. Det avgjørende må være om domfellelsen utelukkende eller i avgjørende grad er basert på en forklaring uten at siktedes rett til kontradiksjon er ivarettatt”.⁶¹

Dette taler videre for at art. 6 ikke kan være brutt allerede ved opplesning, det er den senere bruken av beviset som er avgjørende.

Dansk teori synes å støtte dette standpunktet: ”Det er i sagens natur først muligt at afgøre, om en dokumenteret forklaring udgør det eneste eller afgørende grundlag for domfældelse, når den endelige afgørelse træffes. Det betyder, at det ikke så meget er dokumentation af forklaringen, der rejser spørgsmål i forhold til konventionen, men derimod den efterfølgende anvendelse som grundlag for en domfældelse, der kan rejse spørgsmål i forhold til art. 6, stk. 3, litra d, og retten til en retfærdig rettergang”.⁶²

Matningsdal hevder på sin side at det ikke uten videre er den senere bruken av forklaringene som er avgjørende for om det foreligger krenkelse av art. 6. Han begrunner dette blant annet med at det ikke er realistisk at man skal se bort i fra en forklaring etter at den er blitt opplest.

Det er klart at det kan være vanskelig å vurdere vekten av et bevis før det er blitt opplest. I likhet med Matningsdal mener jeg likevel at det er urealistisk at retten skal se helt bort i fra en allerede opplest forklaring i sin vurdering. Et opplest hovedbevis vil potensielt kunne være av stor betydning for hva domstolen kommer frem til, uansett om retten ikke ”har lov” til å legge vekt på det. I praksis ville dermed beviset i like stor grad kunne *bli brukt* om man tillot det opplest.

Dersom det kun var den senere vektleggingen av beviset som var avgjørende, og domstolene nærmest sto fritt til å føre hovedbevis under hovedforhandlingen, ville dette uthule siktedes rett til kontradiksjon etter art. 6.

På bakgrunn av dette bør retten avskjære en forklaring *før* en eventuell opplesning.

7 Adgangen til opplesning når vitnet er tilstede under hovedforhandlingen

7.1 Hjemmelen for opplesning

⁶¹ Skoghøy og Vang (2005) s. 300 og 301

⁶² Kjølbro (2007) s. 468

Det følger av strpl. § 296 (2):

”Ved avhøret kan gjengivelse i rettsbok eller politirapport av forklaring som vitnet tidligere har gitt i saken, bare leses opp såfremt det foreligger motstrid mellom vitnets forklaringer, eller når det gjelder punkter som vitnet nekter å uttale seg om, eller erklærer at det ikke husker.”

I likhet med strpl. § 297 synes bestemmelsen isolert å åpne for en vid adgang til opplesning. Forpliktelsene etter EMK art. 6 tilsier imidlertid at også denne bestemmelsen må tolkes innskrenkende.

Når vitnet ikke møter til hovedforhandling, er det etter art. 6 som utgangspunkt tilstrekkelig å vurdere om beviset er et hovedbevis, og avskjære vitneforklaringen dersom dette skulle være tilfellet. Når vitnet faktisk møter, oppstår imidlertid i tillegg et spørsmål om siktedes rett til kontradiksjon er tilstrekkelig ivaretatt i den konkrete sak.

7.2 Hva innebærer retten til kontradiksjon?

I Rt. 1998 s. 1182 var det spørsmål om det var en saksbehandlingsfeil å tillate opplest en forklaring der en rekke av spørsmålene ble besvart med *”jeg husker ikke”*. I forhold til konvensjonsforpliktelsene la Høyesterett til grunn at det måtte være tilstrekkelig at siktede hadde fått en *anledning* til å stille spørsmål, det var derfor ingen saksbehandlingsfeil å tillate opplesning selv om vitnet ikke hadde svart på spørsmålene som ble stilt.

At svar fra vitnet ikke kreves etter art. 6, ble lagt til grunn av EMD i Peltonen mot Finland (1999)⁶³. Det var tilstrekkelig at siktede eller hans forsvarer hadde fått en *”adequate and proper opportunity”* til å imøtegå og stille spørsmål til vitnet, enten da forklaringen ble avgitt, eller på et senere tidspunkt av forfølgningen.

Også når vitnet har rett til å nekte å forklare seg, kan hovedbevis tillates opplest *”såfremt tiltalte eller hans forsvarer har fått en passende og tilstrekkelig anledning til å imøtegå og til å stille spørsmål til vitnet enten da forklaringen ble avgitt eller på et senere stadium av forfølgningen”*. Dette ble lagt til grunn i Rt. 2003 s. 1808 og i Rt. 2004 s. 1974, som begge viste til Peltonen mot Finland (1999) i sin rettsanvendelse.

Norske domstoler synes i sin praksis å ha fulgt de føringer som er lagt til grunn i EMD når det gjelder innholdet i kontradiksjonsadgangen.

I Kaste og Mathisen mot Norge (2006) forelå det imidlertid krenkelse av art. 6 når siktedes forsvarer ikke fikk *anledning* til å stille spørsmål til medsiktede, hvis forklaring utgjorde et hovedbevis i saken. At medsiktede benyttet seg av sin rett til å nekte å forklare seg, kunne ikke frata siktede retten til å stille spørsmål.

Selv om det stilles beskjedne krav til siktedes kontradiksjonsadgang, er det strenge krav til at siktede faktisk skal gis en slik adgang. Kaste og Mathisen mot Norge (2006) er et

⁶³ Application no. 30409/96

eksempel på at retten i alle tilfeller må gi adgang til kontradiksjon, uavhengig av om siktede sannsynligvis ikke vil få svar på sine spørsmål.

7.3 Initiativet til kontradiksjon

Selv om siktede skal gis anledning til kontradiksjon, foreligger det ikke krenkelse når siktede ikke på noe tidspunkt *benytter seg* av anledningen til å stille spørsmål til vitnet. Dette ble lagt til grunn i SN. mot Sverige (2002) og i Nehyet Günay mot Tyrkia (2008).

I Romanov mot Russland (2008)⁶⁴ ble det imidlertid lagt til grunn at det ikke alltid kan forventes at siktede skal benytte seg av anledningen til kontradiksjon. Siktede hadde fått anledning til å konfrontere vitnet i forkant av hovedforhandlingen, men det forelå likevel krenkelse av art. 6. Under konfrontasjonsintervjuet forklarte vitnet seg generelt om at han hadde blitt forsøkt ranet, uten å identifisere klageren som angriper. Siktede kunne da ikke klandres for at han ikke hadde stilt spørsmål til vitnet. At siktede må benytte seg av mulighetene til kontradiksjon som oppstår, gjelder dermed kun der mulighetene er adekvate.

7.4 Har dommeren en plikt til å legge press på vitnet for at det skal forklare seg?

Rettens ansvar for sakens opplysning etter strpl. § 294 kan tale for at dommeren bør oppfordre vitnet til å forklare seg. Det er imidlertid usikkert om rettens ansvar kan trekkes så langt som at det foreligger en plikt til å legge press på vitnet.

I de tilfeller der vitnet har rett til å nekte å forklare seg etter strpl. § 122, følger det av strpl. § 123: *"Retten kan likevel pålegge et vitne å forklare seg når det er rimelig etter en samlet vurdering av sakens art, forklaringens betydning for sakens opplysning og følgene for vitnet av å gi forklaring"*.

Ordlyden illustrerer at rettens plikt til å bidra til sakens opplysning kan trekkes så langt som å pålegge et vitne å forklare seg i enkelte tilfeller. Dette taler for at retten har en plikt til å legge press på vitnet for at det skal forklare seg. At retten har en slik plikt, støttes også av Matningsdal.⁶⁵

Selv om retten i utgangspunktet har en nøytral rolle, synes dens ansvar etter strpl. § 294 sett i sammenheng med strpl. § 123, å begrunne en plikt til å legge press på vitnet.

Det kan spørres om slik plikt også følger av art. 6. Spørsmålet er ikke direkte blitt behandlet av EMD.

EMD sa i Mirilashvili mot Russland (2008) at det etter art. 6 (1) jfr. art. 6 (3) d foreligger en handlingsplikt når det gjelder vitners oppmøte under hovedforhandlingen.

⁶⁴ Application no. 41461/02

⁶⁵ Matningsdal (2007) s. 107.

Det kan tenkes at det i forlengelsen av dette foreligger en plikt til å legge press på vitnene.

EMD har understreket at det ikke er domstolens ønske å blande seg inn i landenes bevisvurdering, deres vurderinger har mer karakter av kontroll over bevisføringen. Dette kommer blant annet til uttrykk ved at EMD sjelden pålegger de nasjonale domstoler en aktivitetsplikt i bevisføringen, men pålegger dem å *tillate* føringen av bevis, og tillate en adgang til å stille spørsmål. Det er også *siktede selv* som skal ta initiativet til å stille spørsmål, og ikke domstolen som skal oppfordre til det. EMD's holdning i praksis taler for at det ikke foreligger noen plikt til å legge press på vitnene.

Å pålegge domstolene en slik plikt, kan dessuten skape problemer i forhold til de enkelte landenes prosessformer. Mens noen land har rene anklageprosesser, har andre land inkvisitoriske elementer i sin prosess. Å pålegge retten en plikt til å legge press på vitnet, passer ikke inn i de ordningene der domstolen har en fullt ut nøytral rolle.

Det kan derfor neppe utledes av art. 6 at de nasjonale domstolene plikter å legge press på vitner for at disse skal forklare seg.

8 Tilgrensende spørsmål

8.1 Avhør av barn

8.1.1 Hjemmelen for opplesning

Avhør av barn er spesielt regulert i strpl. § 234 og § 239.

Det følger av strpl. § 234 (2) første punktum:

”Avhør av vitne under 14 år i sak om forbrytelse eller forseelse mot sedeligheten bør fortrinnsvis begjæres foretatt etter reglene i § 239.”

Det følger av strpl. § 239 at:

”Ved avhør av et vitne under 14 år (...) i en sak om forbrytelse eller forseelse mot sedelighet skal dommeren ta imot forklaringen utenfor rettsmøte, når han finner det ønskelig av hensyn til vitnet eller av andre grunner. Dommeren skal i så fall som hovedregel tilkalle en særlig skikket person til å bistå ved avhøret eller foreta avhøret under dommerens kontroll. Avhøret skal tas opp ved videoopptak og om nødvendig ved eget lydopptak, når det er mulig og ikke hensynet til vitnet eller formålet med forklaringen taler imot det. På samme vilkår skal som hovedregel siktedes forsvarer gis anledning til å overvære avhøret”.

Etter ordlyden er hovedregelen at barn avhøres av en dommer før hovedforhandlingen, og at forklaringen føres på video eller lydbånd i retten. Det gjøres dermed unntak fra utgangspunktet om at vitner føres muntlig og direkte for den dømmende rett. Reglene er

både begrunnet i hensynet til vitnet selv og i etterforskningens øyemed.⁶⁶ I følge straffeprosesslovens forarbeider er det forsvareren alene som kan følge avhøret av barnet fra et siderom, og det kan ikke stilles spørsmål direkte til barnet.⁶⁷ Dommeren formidler forsvarerens spørsmål til avhørspersonen, men det gis ingen *direkte* kontradiksjonsadgang.

8.1.2 Begrensninger etter EMK art. 6

I en rekke saker vil barnets vitneforklaring utgjøre hovedbeviset mot siktede. Etter ordlyden i strpl. § 239 kan siktedes forsvarer være tilstede under avhøret, men bestemmelsen er taus når det gjelder adgangen til kontradiksjon.

I Rt. 1999 s. 586 ble en dom opphevet der siktede ikke hadde fått muligheten til å avhøre barnet som vitnet mot ham. Det rettslige grunnlaget for opphevelsen var strpl. § 234, § 239 og art. 6. Opphevelsen ble begrunnet med at forklaringen utgjorde et hovedbevis, og når siktede ikke på noe tidspunkt hadde fått anledning til kontradiksjon, forelå det krenkelse av art. 6. Regelen måtte være at siktede gjennom sin forsvarer, eventuelt gjennom et nytt avhør, fikk muligheten til å avhøre vitnet.

EMD har i de senere år tatt stilling til spørsmålet om avhør av barn en rekke ganger. Da spørsmålet ble behandlet i A.L. mot Finland (2009), viste EMD til tidligere praksis, og gjorde rede for rettstilstanden. I saken hadde avhøret av barnet blitt ført på video under hovedforhandlingen, på samme måte som etter de norske bestemmelsene. Siktede eller forsvareren ble imidlertid ikke gitt noen adgang til kontradiksjon.

EMD sa at utgangspunktet om kontradiksjon der vitneforklaringen utgjør et hovedbevis, også gjelder for avhør av barn. Fremgangsmåten i seg selv var i tråd med konvensjonen, men det måtte være en forutsetning at siktedes adekvate og effektive rett til å forsvare seg ble ivaretatt. Det kunne da bli nødvendig med særlige virkemidler som *kompensasjon* for den spesielle fremgangsmåten.⁶⁸ Når siktede ikke på noe tidspunkt hadde fått anledning til kontradiksjon i noen form, forelå det krenkelse av art. 6 (3) d.

Den finske fremgangsmåten ved avhør av barn tilsvare langt på vei den norske, og var i seg selv ikke i strid med konvensjonen i A.L. mot Finland (2009). Reglene for avhør av barn i straffeprosessloven synes dermed å være i tråd med konvensjonsforpliktelsene. Det kreves imidlertid at siktede gis en adgang til kontradiksjon. Hvorvidt en indirekte adgang til å stille spørsmål gjennom forsvareren, og til avhørspersonen er tilstrekkelig, er ikke avklart etter EMD praksis. Når en slik indirekte fremgangsmåte ved avhøret aksepteres, synes det imidlertid naturlig at adgangen til kontradiksjon også er noe mer indirekte enn for opplesning generelt.

Det kan spørres om strpl. § 234 og § 239 bør tolkes antitetisk slik at også *siktede* gis anledning til å følge avhøret fra siderommet.⁶⁹ Det er klart at siktedes rett til kontradiksjon vil bli bedre ivaretatt ved en antitetisk tolkning av bestemmelsen.

⁶⁶ Ot. Prp. nr. 33 (1993-1994) s. 26

⁶⁷ I.c

⁶⁸ Se tilsvarende WS. mot Polen (2007)

⁶⁹ Jebens (2004) s. 559

En antitetisk tolkning ville også være i tråd med tankegangen i Rt. 1999 side 586, og kan synes mer hensiktsmessig enn dagens ordning.⁷⁰ En slik rett kan imidlertid hverken utledes av praksis ved EMD eller ved Høyesterett, og kan derfor ikke legges til grunn.

8.2 Anonyme vitner

Det kan i enkelte tilfeller være nødvendig å bevare et vitnes anonymitet, for eksempel der vitnet har en velgrunnet frykt for represalier fra siktede. Anonymitet kan imidlertid gjøre det vanskelig å gi siktede en adekvat anledning til kontradiksjon, slik det i utgangspunktet kreves etter art. 6.

8.2.1 Hjemmelen for opplesning

Adgangen til å føre anonyme vitneforklaringer er regulert i strpl. § 296 og § 297. Å bevare et vitnets anonymitet, forutsetter imidlertid at vilkårene i strpl. § 130 a er oppfylt. Det heter her at retten, etter begjæring fra statsadvokaten kan:

”bestemme anonym vitneførsel” når det om vitnets identitet blir kjent kan være fare for en alvorlig forbrytelse eller at muligheten for å delta skjult i andre saker blir vanskeliggjort.

Videre følger det av bestemmelsen at anonym vitneførsel bare kan bestemmes dersom det er *”strengt nødvendig og det ikke medfører vesentlige betenkeligheter av hensyn til siktedes forsvar”*.

Etter ordlyden er det en høy terskel for å tillate anonyme vitner ført.

8.2.2 Begrensninger etter EMK art. 6

EMD har lagt til grunn at konvensjonen generelt ikke er til hinder for bruken av anonyme vitner, se Kostovski mot Nederland (1989).⁷¹ I Van Mechelen mot Nederland (1997) sa imidlertid EMD at føringen av anonyme vitner kun bør skje der dette er *strengt nødvendig*.⁷² EMD la vekt på at dersom vitnets anonymitet ble kjent, kunne det være fare for en alvorlig forbrytelse mot vitnets liv, helse eller frihet. Det var også av betydning hvor alvorlig den aktuelle forbrytelsen var.

Et minstekrav synes her som ellers å være at den anonyme vitneforklaringen ikke utgjør et hovedbevis i saken.⁷³ Videre har EMD, som ved avhør av barn, oppstilt et krav om at siktede har rett til en *kompensasjon* for de begrensninger den anonyme vitneforklaringen setter på bevisføringen.⁷⁴ Hvorvidt kravet til kompensasjon er oppfylt, beror på en konkret helhetsvurdering.⁷⁵

⁷⁰ Jebens (2004) s. 559 og Myhrer (2008) s. 187

⁷¹ Application no. 11454/85

⁷² Application no. 21363/93, 21364/93, 21427/93 og 22056/93

⁷³ Van Mechelen mot Nederland (1997)

⁷⁴ Doorson mot Nederland (1996) Application no. 20524/92

⁷⁵ Matningsdal (2007) s. 165

I Kostovskisaken (1989) var det ikke tilstrekkelig at forsvareren hadde fått muligheten til å stille spørsmål til forhørsdommerne og politibetjenten som hadde mottatt forklaringen, samt muligheten til å stille skriftlige spørsmål til vitnet, men uten å få kjenne til deres identitet. I Doorsonsaken (1996) var det imidlertid tilstrekkelig at en forhørsdommer med kunnskap om vitnenes identitet fikk stille spørsmål på vegne av forsvareren. I praksis synes det dermed å være sentralt om vitnet har blitt krysseksaminert av en dommer som kjenner dets identitet.

Spørsmålet om anonyme vitner ble behandlet i EMD senest i Taxquet mot Belgia (2009). Klageren hevdet at den anonyme vitneforklaringen var benyttet som et hovedbevis mot ham i saken. Forøvrig mente han det var umulig å vite hvilken vekt den anonyme forklaringen faktisk var tillagt, ettersom svaret på skyldspørsmålet ikke ble begrunnet av juryen.

EMD presenterte innledningsvis hovedbevislæren, og sa at det samme utgangspunktet særlig måtte gjelde når det gjaldt anonyme vitneforklaringer. (*Il en va d'autant plus en cas des dépositions faites par de témoins anonymes*)

Det forelå krenkelse av art. 6 ved at siktede ikke på noe tidspunkt fikk anledning til å krysseksaminere vitnet selv, eller fikk besørget krysseksaminering på sine vegne. Det ble ikke lagt vekt på om den anonyme forklaringen faktisk utgjorde et hovedbevis, ettersom det ikke var mulig å etterprøve hvilken betydning den faktisk hadde hatt for avgjørelsen.

EMD la imidlertid vekt nettopp på det faktum at det ikke var mulig å fastslå hvilken betydning beviset var tillagt, og hadde i den forbindelse en rekke generelle bemerkninger vedrørende juryordningen i Belgia: den består av lekdommere, som treffer sine avgjørelser basert på eget skjønn og samvittighet, uten å måtte ta hensyn til kvaliteten på de fremlagte bevisene. Følgelig er det ikke mulig å senere uttale seg om domspremissene, bl. a om i hvilken utstrekning man har basert seg på de forskjellige bevis. Dette reiser prinsipielle spørsmål om den norske juryordningen er i strid med EMK, noe som ligger utenfor oppgavens tema, og som av den grunn ikke vil behandles nærmere her.

EMD pekte videre på kravet om at anonyme vitneforklaringer generelt måtte gjennomgå en kvalitetskontroll av en nøytral instans underlagt domstolen. I belgisk rett ville denne funksjonen utføres av en *”juge d’instruction”*. Det synes å være en tilsvarende instans som ble benyttet i Doorsonsaken (1996). I Norge er ikke en tilsvarende funksjon skilt ut som en egen instans innen domstolen. Kvalitetskontroll av bevis ivaretas i praksis av dommeren etter strpl. § 294, når vitnet møter vil rettens formann som regel kjenne dets identitet.⁷⁶ Hvorvidt den norske ordningen vil vise seg å være tilstrekkelig for å etterleve EMD’s domspremisser når det gjelder forklaringer fra anonyme vitner, er i skrivende stund et uavklart, men meget aktuelt spørsmål.

EMD konkluderte med at den manglende kontradiksjonsadgangen, og den manglende kvalitetskontrollen av vitneforklaringen utgjorde en krenkelse av art. 6 (1) jfr. art. 6 (3) d.

⁷⁶ Matningsdal (2007) s. 189

9. Komparativt utsyn – tysk rett

9.1 Utgangspunkt

Spørsmålet om opplesning av politiforklaringer er i tysk rett regulert dels gjennom Strafprozessordnung (StPO), dels gjennom EMK art. 6 (1) og art. 6 (3) d.

I likhet med Straffeprosessloven er Strafprozessordnung et omfattende regelverk som skal tolkes i lys av konvensjonsforpliktelsene.⁷⁷ Spørsmålet synes dermed langt på vei å være regulert på samme måte i tysk og norsk rett.

På samme måte som anklageprinsippet ligger til grunn for vår prosessordning etter strpl. § 63, er det i Tyskland påtalemyndigheten som tar ut tiltale og som står ansvarlig for etterforskningen. Dette kommer til uttrykk i StPO § 151 og § 152.

Det følger imidlertid av StPO § 261:

”Über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung.”

En naturlig språklig forståelse av bestemmelsen tilsier at det er *retten* som fritt bestemmer over selve bevisføringen.⁷⁸ Det er dermed ikke *partene* som står for bevisførselen slik som i norsk rett.

Videre heter det i StPO § 244 (2):

”Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts Wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind”.

En naturlig språklig forståelse tilsier at retten i bevisvurderingen på embets vegne skal ta hensyn til alle bevismidler.⁷⁹ Bestemmelsen er et uttrykk for domstolens oppklaringsplikt.⁸⁰ Den har likhetstrekk med strpl. § 294 ved at den fastslår at retten ikke er helt nøytral i bevisføringen, slik den er i en ren anklageprosess. Den tyske bestemmelsen går imidlertid lenger når det gjelder å pålegge domstolen plikter i bevisføringen, og synes å ha beholdt mer av inkvisisjonsprinsippet. Mens den norske dommeren våker over, og kontrollerer bevisføringen, har den tyske dommeren *ansvaret* for bevisføringen. Disse forskjellene må betraktes som et bakteppe i sammenligningen mellom norsk og tysk rett når det gjelder adgangen til opplesning.

⁷⁷ Cornelius (2008) s. 247

⁷⁸ Min oversettelse

⁷⁹ I.c

⁸⁰ Schlüchter (1998) s. 132

Også i tysk prosess gjelder et utgangspunkt om muntlighet i bevisføringen. Dette kan utledes av StPO § 250:

“Beruht der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person, so ist diese in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Die Vernehmung darf nicht durch Verlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls oder einer schriftlichen Erklärung ersetzt werden.”

En naturlig språklig forståelse tilsier at dersom beviset i en sak beror på en persons iakttagelse, skal denne fremføres under hovedforhandling. Avhøret skal ikke erstattes av opplesning fra et tidligere avhør eller av en skriftlig erklæring.⁸¹ Bestemmelsen fastslår at opplesningen av tidligere avgitte forklaringer ikke skal erstatte en muntlig vitneførsel.⁸² Ved at opplesning som hovedregel ikke aksepteres, kan bestemmelsen forstås som en parallell til hovedregelen om muntlighet og bevisumiddelbarhet i strpl. § 296.

9.2 Hjemmelen for opplesning

I StPO § 251 gjøres det unntak fra utgangspunktene om muntlighet og bevisumiddelbarhet på nærmere angitte vilkår.

9.2.1 Oversettelse

For å kunne sammenligne opplesningsadgangen med den norske, er det nødvendig med en oversettelse av bestemmelsen.⁸³

StPO § 251 (1)

“Die Vernehmung eines Zeugen, Sachverständigen, oder Mitbeschuldigten kann durch die Verlesung einer Niederschrift über eine Vernehmung oder einer Urkunde, die vom ihm stammende schriftliche Erklärung enthält, ersetzt werden,”

(Avhør av vitner, sakkyndige eller medsiktede kan erstattes av opplesning av et nedskrevet avhør eller et dokument som stammer fra en skriftlig erklæring,)

1. *wenn der Angeklagte einen Verteidiger hat und der Staatsanwalt, der Verteidiger und der Angeklagte damit einverstanden sind;*

(dersom siktede har en forsvarer, og statsadvokaten og forsvareren er enige om at dette kan gjøres.)

2. *wenn der Zeuge, Sachverständige oder Mitbeschuldigte verstorben ist oder aus einem anderen Grunde in absehbarer Zeit gerichtlich nicht vernommen werden kann;*

⁸¹ Min oversettelse

⁸² I.c

⁸³ Oversettelsene er min egne, det tas derfor et forbehold om noe upresisheter.

(dersom vitnet, sakkyndige eller medsiktete er død eller av andre åpenbare grunner ikke kan avhøres innen rimelig tid.)

3. *soweit die Niederschrift oder Urkunde das Vorliegen oder die Höhe eines Vermögensschadens betrifft.*

(Hvis protokollen eller dokumentet angår en formuesskade eller størrelsen av denne.)

StPO § 251 (2)

Die Vernehmung eines Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten darf durch die Verlesung der Niederschrift über seine frühere richterliche Vernehmung auch ersetzt werden wenn,

(Avhør av vitner, sakkyndige eller medsiktete kan erstattes av opplesning av protokollen fra et tidligere rettslig avhør når,)

1. *dem Erscheinen des Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigen in der Hauptverhandlung für eine längere oder ungewisse Zeit Krankheit, Gebrechlichkeit oder andere nicht zu beseitigende Hindernisse entgegenstehen;*

(vitnets, den sakkyndiges eller den medskyldiges fremmøte under hovedforhandlingen i lengre eller ubestemt tid er umulig på grunn av sykdom, svekket helse eller andre uomgjengelige hindringer.)

2. *dem Zeugen oder Sachverständigen das Erscheinen in der Hauptverhandlung wegen großer Entfernung unter Berücksichtigung der Bedeutung seiner Aussage nicht zugemutet werden kann;*

(vitnets eller den sakkyndiges fremmøte under hovedforhandlingen ikke kan forventes på grunn av for stor avstand til rettslokalet, og hvis samtidig deres erklæring ikke er av særlig betydning for saken.)

3. *der Staatsanwalt, der Verteidiger und der Angeklagte mit der Verlesung einverstanden sind.*

(statsadvokaten, forsvareren og siktete er enig i at opplesning kan skje.)

StPO. § 251 (3)

Soll die Verlesung anderen Zwecken als unmittelbar der Urteilsfindung, insbesondere zur Vorbereitung der Entscheidung darüber dienen, ob die Ladung und Vernehmung einer Person erfolgen sollen, so dürfen Vernehmungsniederschriften, Urkunden und andere als Beweismittel diene Schriftstücke auch sonst verlesen werden.

(Hvis opplesning skal tjene andre formål enn den direkte domsbeslutning, og særlig hvis opplesningen tar sikte på å forberede en beslutning om at en person skal stevnes eller avhøres så kan avhørsprotokoller, dokumenter, og andre skriftlige bevis oppleses)

StPO § 251 (4)

In der Fällen der Absätze 1 und 2 beschließt das Gericht, ob die Verlesung angeordnet wird. Der Grund der Verlesung wird bekanntgegeben. Wird die Niederschrift über eine richterliche Vernehmung verlesen, so wird festgestellt, ob der Vernommene vereidigt worden ist. Die Vereidigung wird nachgeholt, wenn sie dem Gericht notwendig erscheint und noch ausführbar ist.

(I saker som faller inn under avsnitt 1 og 2 avgjør domstolen om opplesning skal finne sted. Begrunnelsen for opplesningen skal gjøres kjent. Hvis teksten til et rettslig avhør blir opplest skal det redegjøres for om den avhørte har avgitt ed. Edsavleggelse blir å gjenta hvis det av domstolen synes nødvendig og det fortsatt lar seg gjennomføre)

9.2.2 Nærmere om forskjellene

Sammenlignet med strpl. § 296 og § 297, er adgangen til opplesning mer detaljregulert i StPO § 251. Bestemmelsene er bygget opp forskjellig ved at straffeprosessloven skiller mellom de tilfeller der vitnet møter og der vitnet ikke møter, mens Strafprozessordnung skiller mellom tidligere avgitte *skriftlige erklæringer*, og tidligere *rettslige avhør*.

I de tilfeller vitnet *møter*, gir ikke StPO § 251 samme adgang til opplesning som strpl. § 296. Det er ikke adgang til opplesning ved motstrid mellom forklaringer, der vitnet nekter å forklare seg, eller der vitnet ikke husker. StPO § 251 åpner imidlertid for opplesning ved enighet. Dersom opplesningen gjelder en *skriftlig erklæring* fra vitnet, er det også adgang til opplesning der erklæringen gjelder en formuesskade.

I de tilfeller der vitnet *ikke møter*, åpner ikke StPO § 251 for en generell forholdsmessighetsvurdering slik som strpl. § 297. Forklaringen kan i alle tilfeller leses opp ved enighet. Dersom det er en *skriftlig erklæring* fra vitnet, kan opplesning tillates hvis vitnet er død eller av andre uoverkommelige grunner ikke kan møte, eller dersom det erklæringen gjelder en formuesskade. Dersom det er et *tidligere rettslig avhør* kan opplesning tillates der vitnets fravær skyldes lang tids sykdom eller andre uoverkommelige grunner, eller der vitnets fremmøte ikke kan forventes på grunn av for stor avstand til rettslokalet, og hvis samtidig erklæringen ikke er av særlig betydning for saken.

Adgangen til opplesning i de to rettsystemene er dermed svært forskjellig. En likhet synes imidlertid å være at det i ordlyden ikke er tatt hensyn til siktedes rett til kontradiksjon etter art. 6. Dersom de tyske unntakene fra prinsippene om muntlighet og bevisumiddelbarhet skal tolkes ut i fra en alminnelig språklig forståelse, er de i likhet med strpl. § 296 og § 297, neppe i samsvar med konvensjonskravene.

Det er lagt til grunn i tysk teori og praksis at StPO. § 251 må tolkes i lys av forpliktelsene som følger av art. 6.⁸⁴ På samme måte som strpl. § 296 og § 297, tolkes dermed bestemmelsene om opplesning i StPO innskrenkende på grunn av siktedes rett til kontradiksjon etter art. 6. Det er videre lagt til grunn i teorien at hovedbevislæren er

⁸⁴ Cornelius (2008) s. 248

gjeldende rett når det gjelder art 6, noe som viser at tyske domstoler forholder seg til EMDs praksis.⁸⁵

9.3 Forskjellenes betydning i praksis

De tyske bestemmelsene åpner i noen tilfeller for en videre, og i andre tilfeller for en snevrere adgang til opplesning enn de norske bestemmelsene. Innenfor de nasjonale rammene kan opplesning tenkes avskåret etter det ene landets nasjonale rett, mens det etter det andre landets rett kan aksepteres.

Ved at begge landene har inntatt art. 6 som lov, og lagt relativt like tolkningsprinsipper til grunn, skulle ikke forskjellene i den nasjonale lovgivning ha noen stor betydning når det gjelder vernet av *siktedes* rett til kontradiksjon.

I praksis innebærer forskjellene at siktede etter tysk rett innenfor art. 6 må godta opplesning i andre tilfeller enn etter norsk rett. Der det oppstår et spørsmål om avskjæring etter art. 6 skulle derimot resultatet bli det samme.

10 Utviklingen i Høyesteretts rettskildebruk

Det vil under dette punktet gjøres rede for den generelle utviklingen i Høyesteretts bruk av art. 6 og EMD praksis som rettskildefaktorer i spørsmålet om opplesning av politiforklaringer.

Mens Høyesterett i Rt. 1988 s. 78 vurderte spørsmålet om opplesning utelukkende etter strpl. § 297, måtte samme bestemmelse i Rt. 1990 s. 312 leses i lys av art. 6 og praksis ved EMD. Rettskildebruken i Rt. 1990 s. 312 medførte at hovedbevislæren ble benyttet som en begrensning i opplesningsadgangen.

I Rt. 1992 s. 792 var art. 6 en relevant og selvsagt rettskilde ved tolkningen av strpl. § 297. Dette var også tilfellet i Rt. 1994 s. 1323, men her ble hovedbevislæren innfortolket i forholdsmessighetskriteriet *uavhengig* av konvensjonsforpliktelsene. Førstvoterende begrunnet dette blant annet med Høyesteretts tolkning av bestemmelsen i Rt. 1990 s. 312. Selv om art. 6 ikke ble anvendt som en rettskilde, fikk bestemmelsen indirekte betydning gjennom at rettsanvendelsen i Rt. 1990 s. 312 ble vektlagt.

I Rt. 1995 s. 1295 benyttet Høyesterett igjen hovedbevislæren. Både EMD praksis, Høyesterettspraksis og norsk teori var relevante rettskilder. I Rt. 2001 s. 29, der Høyesterett la en annen bevisvekt til grunn gikk imidlertid førstvoterende ikke nærmere inn på hverken Høyesterettspraksis eller praksis i EMD.

Heller ikke i Rt. 2004 s. 97 gikk Høyesterett nærmere inn på praksis ved EMD, men forholdt seg til norsk praksis, særlig Rt. 2001 side 29. Også her ble bevisvekten fra Rt. 2001 s. 29 lagt til grunn.

⁸⁵ Cornelius (2008) s. 247

Det kan synes å være en sammenheng mellom bruken av rettskildefaktorer og bevisvekten som legges til grunn. Også i Rt. 2004 s. 897 foretok Høyesterett en vurdering etter bevisvektnormen fra Rt. 2001 s. 29. Heller ikke her gikk Høyesterett inn på EMD's praksis, kun Høyesterettspraksis.

Da Høyesterett i Rt. 2004 s. 1789 gikk inn på EMD's praksis, ble det lagt til grunn at det var hovedbevislæren som måtte benyttes. Standpunktet ble fulgt i Rt. 2004 s. 1974 under henvisning til både norsk praksis og praksis ved EMD. Senest i Rt. 2006 s. 120 viste Høyesterett norsk rettspraksis og EMD praksis ved spørsmålet om opplesning, og benyttet hovedbevislæren.

De nevnte dommer viser tydelig at bevisvektnormen har variert med Høyesteretts bruk av rettskilder. Dissensen i Rt. 2009 s.760 underbygger ytterligere dette standpunktet. Saken gjaldt spørsmålet om hvorvidt en dommer som var samboer med regjeringsadvokaten måtte vike sete i en sak om hvorvidt den norske lagretteordningen er i samsvar med menneskerettighetene. Førstvoterende, som representerte flertallet, fant at dommeren ikke var inhabil, uten å gå nærmere inn på de krav som følger av EMK. Mindretallet begrunnet derimot sitt standpunkt også med kilder fra EMD og EMK.

11 Avslutning

Hvilke krav som stilles ved tolkningen av art. 6 i spørsmålet om opplesning, er hovedsakelig lagt til grunn i EMD's praksis.

Høyesteretts oppmerksomhet omkring EMD's praksis har vist seg å være avgjørende for i hvilken grad konvensjonsforpliktelsene følges. Selv om EMK ble ratifisert allerede i 1952, var det først oppmerksomheten rundt Unterpertingersaken som førte til en innskrenkende tolkning av de norske bestemmelsene. Høyesteretts praksis i forhold til bevisvekt er et eksempel på hvordan en manglende, eller uriktig bruk av EMD praksis kan føre til en uriktig tolkning av konvensjonsforpliktelsene.

For å unngå at Norge på ny skal bli felt for krenkelse av art. 6, er det derfor viktig at domstolene til enhver tid er oppdatert på de føringer EMD legger til grunn. Jeg håper denne oppgaven har bidratt til å klargjøre hvilke krav konvensjonen i dag stiller til norske domstoler i spørsmålet om opplesning av politiforklaringer. Selv om EMD har en forutsigbar og prejudikatsbundet rettsanvendelse, skjer det stadig utviklinger som medlemslandene er nødt til å forholde seg til. Et eksempel på dette er Taxquet mot Belgia (2009), som kan føre til at den norske juryordningen må avvikles. Samtidig bør domstolene være bevisste på å bevare norske verdier i tolkningen ved å unngå en utvidende tolkning av konvensjonsforpliktelsene.

12 Litteraturliste

Backer, Inge Lorange. *Om Høyesteretts forhold til den europeiske menneskerettighetskonvensjon*. Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter, Vol. 23, nr. 4 2005 s. 425.

Cornelius, Kai *Konfrontationsrecht und Unmittelbarkeitsgrundsatz*. NStZ 2008, 244 Heft 5 (beck-online)

Danielius, Hans *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, tredje upplagan* Stockholm 2007

Elden, John Christian *Opplesning av politiforklaringer etter Norges tap i EMD*. Juristkontakt 2006 s. 40 (nr. 9)

European Court of Human Rights *Annual Report 2008*. www.echr.coe.int Strasbourg, 2009

Hagerup, Francis *Den norske straffeproses*. Første bind. Kristiania, 1904

Hov, Jo *Menneskerettigheter, en trussel mot rettsikkerheten?* Lov og Rett 2004 s. 509

Hov, Jo *Rettergang I sivil- og straffeprosess* Oslo 2007

Høstmælingen, Njål *Internasjonale menneskerettigheter*. Oslo, 2003

Jebens, Sverre *Menneskerettigheter i straffeprosessen*. Oslo, 2004

Kjelby, Gert Johan *Betydningen av Kaste og Mathisen mot Norge – en replikk*. Lov og rett 2007 s. 190

Kjølbros, Jon Fridrik *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention - for praktikere*. 2. utg. København, 2007

Matningsdal, Magnus *Siktedes rett til å eksaminere vitner* Oslo 2007

Myhrer, Tor-Geir *Norsk straffeprosess*. 4. Utg. Oslo, 2009

Schlüchter, Ellen *Tysk Straffeproses – kernen*. København 1996

Skoghøy, Jens Edvin A. og medansvarlig Tonje Vang *I hvilken utstrekning kan vitneforklaringer som er avgitt under etterforskningen leses opp under hovedforhandlingen i straffesaker?* Lov og Rett 2005 s. 283

Aall, Jørgen *Rettsstat og menneskerettigheter*. 2. utg. Bergen 2007(a)

Aall, Jørgen *Reell anledning til å teste motpartens vitner – EMK artikkel 6 nr. 1 og nr. 3 bokstav d*. Lov og Rett 2007(b)

Domsregister

Norsk Retstidende

Rt. 1988 s. 78

Rt. 1990 s. 312

Rt. 1992 s. 792

Rt. 1994 s. 469

Rt. 1994 s. 1324

Rt. 1994 s. 610

Rt. 1995 s. 1295

Rt. 1995 s. 1956

Rt. 1998 s. 1182

Rt. 1999 s. 586

Rt. 1999 s. 961

Rt. 1999 s. 957

Rt. 2000 s. 996

Rt. 2001 s. 29

Rt. 2001 s. 1006

Rt. 2002 s. 557

Rt. 2003 s. 359

Rt. 2003 s. 549

Rt. 2003 s. 1808

Rt. 2003 s. 1814

Rt. 2004 s. 897

Rt. 2004 s. 943

Rt. 2004 s. 1425

Rt. 2004 s. 1789

Rt. 2004 s. 1974

Rt. 2005 s. 833

Rt. 2006 s. 120

Rt. 2009 s. 760

EMD

Bönisch mot Østerrike (1985)

Unterpertinger mot Østerrike (1986)

Kostovski mot Nederland (1989)

Saidi mot Frankrike (1993)

Van Mechelen mot Nederland (1997)

Doorson mot Nederland (1996)

Peltonen mot Finland (1999)

Lucà mot Italia (2001)

Craxi mot Italia (2003)

Kaste og Mathisen mot Norge (2006)

V. mot Finland (2007)

Gossa mot Polen (2007)

WS. mot Polen (2007)

Kollcaku mot Italia (2007)

SN. mot Sverige (2002)

Balsyte-Lideikiene mot Litauen (2008)

Melich og Beck mot Tsjekkia (2008)

Mirilashvili mot Russland (2008)

Nehyet Günay mot Tyrkia (2008)

Romanov mot Russland (2008)

Tarau mot Romania (2009)

Polyakov mot Russland (2009)

Taxquet mot Belgia (2009)

A.L. mot Finland (2009)